

Publicato il 06/03/2023

N. 00106/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00400/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 400 del 2022, proposto da Rock And River s.r.l. e S.I.O.S.S. Società Italiana Operatori Segnaletica Stradale s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Pierlorenzo Boccanera e Mario Sanino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Ivana Rosa Di Chio e Gianluca Como, Monica Cervone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia e Maria Ida Leonardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione prot. 375772 del 6 giugno 2022, notificato il 16 giugno 2022 ex art. 76, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, dalla gara DG 107/21 “Accordo Quadro Quadriennale per l'esecuzione dei lavori di sistemazione di versanti rocciosi e protezione del corpo stradale - Lotto 10 Umbria -Codice CIG 8998774738”;

dei verbali del Seggio di gara e della Stazione appaltante del 17 marzo 2022, 21 aprile 2022 e 17 maggio 2022, del Bando e del Disciplinare di gara nella non creduta ipotesi dovesse ivi trovare applicazione l'interpretazione offerta da ANAS e di ogni altro atto preordinato, conseguente e/o presupposto o, comunque, connesso con quelli che precedono.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ANAS s.p.a. e di CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori soc. cons. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2023 la dott.ssa Daniela Carrarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È oggetto del contendere la legittimità dell'esclusione del RTI Rock and River s.r.l. - SIOSS s.r.l. adottata in data 6 giugno 2022 nell'ambito della procedura negoziata indetta da ANAS s.p.a. per l'affidamento del «DG 107/21 “Accordo Quadro Quadriennale per l'esecuzione dei lavori di sistemazione di versanti rocciosi e protezione del corpo stradale - Lotto 10 Umbria -Codice CIG 8998774738».

1.1. Il RTI Rock and River s.r.l. - SIOSS s.r.l. risultava primo in graduatoria all'esito del previo esame – a seguito di inversione procedimentale ai sensi dell'art. 133, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 – dell'offerta tecnico-economica

presentata, vedendosi attribuire un punteggio di 72,175; l'odierna controinteressata CEC Consorzio Stabile Europeo Costruttori soc. cons. a r.l. risultava seconda in graduatoria con il punteggio di 67,486.

Le operazioni della Stazione appaltante proseguivano per la verifica dei requisiti di "qualificazione tecnica" della mandataria e della mandante con la Stazione Appaltante che rilevava il possesso da parte:

a) della mandataria Rock and River s.r.l. delle seguenti categorie richiamate nel Bando e nel Disciplinare di gara: OS 12-B cl. V, OG 3 cl. V, OS 21 cl. III (CQOP SOA n. 58760/10/00 del 17/12/2020);

b) della mandante S.I.O.S.S. s.r.l. delle seguenti categorie: OS 12-B cl. IV, OG 3 cl. III-bis (ESNA SOA n. 22243/16/00 del 26/05/2020).

1.2. Con provvedimento prot. 375772 del 6 giugno 2022, notificato il 16 giugno 2022 ex art. 76, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, la Stazione appaltante escludeva dalla gara il RTI Rock and River s.r.l. - SIOSS s.r.l.

Evidenziato che *«le prestazioni di cui si compone l'affidamento consistono in lavori per € 7.000.000,00 nella categoria prevalente OS12-B, per € 1.500.000,00 nella categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OG3 e per € 1.500.000,00 nella categoria SIOS scorporabile a qualificazione obbligatoria OS21, che i componenti del raggruppamento dichiarano di eseguire secondo la seguente ripartizione: - ROCK AND RIVER S.r.l con ruolo di mandataria: OS 12-B pari alla percentuale del 87,14%, OG 3 pari alla percentuale del 70% e OS 21 pari alla percentuale del 80%; - S.I.O.S.S. S.r.l. con ruolo di mandante: OS 12-B pari alla percentuale del 12,86% e OG 3 pari alla percentuale del 30%»*, la Stazione appaltante ha rilevato che *«[d]ai rispettivi certificati SOA allegati in gara, i componenti del raggruppamento risultano in possesso delle seguenti categorie e classifiche: - ROCK AND RIVER S.r.l.: OS 12-B cl. V, OG 3 cl. V, OS 21 cl. III (CQOP SOA n. 58760/10/00 del 17/12/2020; - S.I.O.S.S. S.r.l.: OS 12-B cl. IV, OG 3 cl. III-bis (ESNA SOA n. 22243/16/00 del 26/05/2020). Si osserva che, nel caso in specie, parte della categoria scorporabile OS21 prevista in appalto pari a € 260.400,00 - data dalla differenza tra l'importo di € 1.500.000 e la qualificazione posseduta in SOA nella OS21 per una terza maggiorata,*

di € 1.239.600, – non trova copertura nella categoria prevalente posseduta dalla Mandataria (OS 12-B cl. V), con ciò contravvenendo a quanto prescritto all’art. 92, comma 1, del DPR 207/2010, vigente ai sensi dell’art. 216 comma 14 del Dlgs 50/2016, a i sensi del quale “[...]. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall’impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”. A nulla occorre l’intenzione manifestata dal RTI tramite l’All. 1 di “subappaltare il restante 20% della categoria OS 21 a ditta qualificata”, essendo la possibilità di subappaltare la mancante parte di OS 21 subordinata, in ogni caso, al possesso del requisito nella categoria prevalente per una classifica tale da “coprire” il requisito non posseduto nella categoria scorporabile. L’irregolarità riscontrata non si configura come sanabile ai sensi dell’art. 83 comma 9 del d.lgs. 50/2016, atteso che come sancito dalla sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 6/2019 in applicazione dell’art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione è causa di esclusione dell’intero raggruppamento anche nel caso in cui il RTI sia nel suo insieme in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota dei lavori: “[...] In applicazione dell’art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell’offerta, è causa di esclusione dell’intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un’altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota di lavori”».

Con pec del 20 giugno 2022 le odierne ricorrenti proponevano una riformulazione delle quote di partecipazione ed esecuzione tra mandataria e mandante nella categoria prevalente OS12B – asseritamente mirante a superare i rilievi che hanno condotto all’esclusione – chiedendo la riammissione alla procedura ed evidenziando la necessità di applicazione nella specifica fattispecie della disciplina delle ATI miste; l’istanza di parte ricorrente rimaneva priva di riscontro.

2. Con il ricorso in epigrafe, Rock and River s.r.l. e SIOSS s.r.l. hanno gravato la citata esclusione articolando motivi in diritto che possono essere sintetizzati come segue.

i. Violazione e falsa applicazione dell'art. 92 comma 1, 2, 3 del d.P.R. n. 207 del 2010, violazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione dell'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47 del 2014, violazione del principio di selezione della migliore offerta in tema di gare pubbliche, travisamento e sviamento contraddittorietà ed illogicità, violazione di legge ed eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità' della p.a., violazione della *lex specialis* di gara, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, nonché per la violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche. La Stazione appaltante avrebbe errato nell'applicazione delle previsioni dell'art. 92, commi 1 e 2, d.P.R. n. 207 del 2010, non tenendo conto delle peculiarità derivanti dalla circostanza che le Società ricorrenti concorrevano in ATI di natura mista.

Richiamando, tra l'altro, la delibera ANAC n. 891 del 2 ottobre 2019, la parte ricorrente evidenzia le peculiarità dell'ATI mista ed il necessario legittimo concorso nella categoria prevalente della qualificazione posseduta dalla mandante, in compensazione delle eventuali carenze della mandataria (che sarebbero appunto "coperte" dalla categoria prevalente posseduta in eccedenza dalla mandante). Nel caso in esame, difatti, la mandante S.I.O.S.S. s.r.l. avendo una capienza nella categoria prevalente OS12B di € 3.098.400,00 ed essendo chiamata ad eseguire lavori per appena € 900.000,00 e poi per € 1.200.000,00, aveva la disponibilità per concorrere a compensare l'importo di € 202.000,00 [260.400,00] che si assume carente, pur nella errata lettura di ANAS. In tal senso la proposta di rimodulazione avanzata in data 20 giugno 2022, ignorata da ANAS.

ii. Violazione dell'art. 32 l. n. 234 del 2012 e del divieto di "gold plating" rispetto al c.d. "carico regolatorio" previsto sugli operatori economici dal

diritto della Unione Europea qualora si giungesse ad una interpretazione che ammettesse la rilevanza automatica della preclusione alla modifica delle quote di assegnazione in corso di gara e del ricorso ai requisiti in eccesso posseduti dalla mandante nella categoria prevalente ai fini dell'esclusione dell'operatore economico e conseguente esigenza di remissione ex art. 267 T.F.U.E. del tema alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Le Società ricorrenti hanno chiesto, altresì, il subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulati con altro operatore economico, quale ristoro in forma specifica o, in mancanza, il risarcimento per equivalente monetario, in termini di mancato guadagno, lucro cessante e pregiudizio curricolare.

3. Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso ANAS s.p.a. e il controinteressato CEC – Consorzio stabile europeo costruttori soc. cons. a r.l.

4. Con ordinanza 16 agosto 2022 n. 625 questo Tribunale amministrativo, ritenendo di trovarsi dinanzi ad un'unica procedura di gara ancorché divisa in diversi lotti, ha dichiarato il proprio difetto di competenza, indicando come competente il T.A.R. Lazio, sede di Roma. In accoglimento dell'impugnativa proposta da ANAS s.p.a., il Consiglio di Stato, sez. v, con ordinanza 24 gennaio 2023 n. 790, ha dichiarato competente il Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria.

5. La parte ricorrente ha notificato in data 9 febbraio 2023 atto di riassunzione del giudizio dinnanzi a questo Tribunale amministrativo regionale, depositato il successivo 10 febbraio.

6. In vista della trattazione della causa alla camera di consiglio del 21 febbraio 2023, le parti hanno depositato memorie.

7. Alla camera di consiglio del 21 febbraio 2023, sentiti per le parti i difensori anche con riferimento alla possibilità di definizione del giudizio in forma semplificata all'esito della trattazione camerale, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Preliminarmente, il Collegio ravvisa la sussistenza dei presupposti di legge ex art. 120, comma 6, cod. proc. amm. per la definizione della presente controversia con sentenza in forma semplificata all'esito della trattazione cautelare, essendo la causa matura per la decisione e stante l'assenza di cause ostative.

9. Il ricorso non può trovare accoglimento per le considerazioni di seguito esposte.

9.1. Va preliminarmente evidenziato come larga parte delle argomentazioni spese dalla parte ricorrente risulti "fuori fuoco" e la giurisprudenza, ampiamente citata, inconferente rispetto ai profili di esclusione di cui al provvedimento gravato.

Difatti, come verrà chiarito nel prosieguo, alcun rilievo assume ai fini della gravata esclusione la previsione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 per cui «*la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*» – disposizione sulla quale verte la pronuncia della CGUE 28 aprile 2022 C-642/20 e buona parte della giurisprudenza amministrativa citata – in quanto in sede di domanda di partecipazione le ricorrenti hanno dichiarato che la mandataria Rock and River avrebbe eseguito le prestazioni per l'87,14% nella categoria prevalente OS12B e rispettivamente per il 70% e l'80% nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria OG3 e OS21, ed alcuna contestazione è insorta sul punto. Non vi è, pertanto, nella fattispecie in questione un problema di ruoli tra mandataria e mandante, né viene in alcun modo in discussione l'impegno della mandataria a realizzare in misura maggioritaria le prestazioni inerenti ai lavori oggetto di affidamento, essendo l'esclusione motivata con riferimento alla carenza di qualificazione, rispetto a quanto dichiarato dalle componenti il RTI in sede di gara, per la copertura anche della categoria scorporabile OS21.

Parimenti inconferente – oltre che inammissibile – è l'ampio stralcio di dottrina (come dichiarato nella nota 8 a pagina 18 del ricorso) riportato da pagina 20 a pagina 29 del ricorso introduttivo, relativo alla disapplicazione, a

seguito della citata pronuncia della CGUE 28 aprile 2022, dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui prevede che «*la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*», previsione che, come già evidenziato, non viene in alcun modo in rilievo nella fattispecie che occupa.

9.2. Quanto alle censure svolte nel primo motivo, non risulta determinante il richiamo effettuato dalla parte ricorrente alla natura mista dell'ATI proposto.

Come chiarito dalla stessa giurisprudenza richiamata dalla parte ricorrente, il RTI misto è «*un raggruppamento nel quale "al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile"* (Cons. Stato, VI, n. 5919 del 2018) ... In tale contesto s'è chiarito inoltre come il raggruppamento misto sia sottoposto all'applicazione delle regole proprie tanto dei raggruppamenti verticali quanto di quelli orizzontali, a seconda del profilo o della componente che ne venga in rilievo (cfr. CGA, 15 aprile 2005, n. 251; in ordine alla necessaria suddivisione dei servizi, Cons. Stato, V, 1 agosto 2015, n. 3769). Di qui la conclusione secondo la quale in difetto di una disposizione speciale derogatoria, nei raggruppamenti misti ogni sub-raggruppamento debba essere esaminato autonomamente: segnatamente, troveranno applicazione per il sub-raggruppamento orizzontale le regole proprie stabilite per siffatta tipologia di raggruppamenti (cfr. in proposito il parere Avcp n. 76 del 16 maggio 2012, ove si pone in chiaro risalto che "in una associazione temporanea di tipo misto, in ognuna delle categorie previste nel bando (categoria prevalente e/ o categoria scorporabile) può essere [...] presente una sub associazione orizzontale per la quale non vi può essere dubbio che valgono le disposizioni previste per l'associazione orizzontale dall'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207/2010")» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 26 marzo 2022, n. 3423; cfr. T.A.R. Umbria, 2 dicembre 2022, n. 885). Inoltre «*in presenza della distinzione tra prestazione principale e scorporabile, il raggruppamento di tipo misto si caratterizza per il fatto che aggiunge una componente orizzontale (di per sé ammissibile) al raggruppamento di natura verticale, in conformità di quanto previsto*

dall'art. 48, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016» (C.d.S., sez. V, 3 maggio 2021, n. 3463).

Ciò posto, la parte ricorrente non chiarisce in quale modo il ricorso alle summenzionate peculiarità delle ATI miste consentirebbe di superare la carenza di qualificazione posta a fondamento dell'esclusione del RTI.

Va evidenziato che il Bando di gara al paragrafo III. 1.4, rubricato "Norme e criteri oggettivi di partecipazione", prevedeva che: *«Sono ammessi a partecipare alla gara tutti i soggetti di cui all'art.45 del Codice, nel rispetto delle prescrizioni poste dagli artt. 47 e 48 del suddetto Codice, quest'ultimo articolo citato così come modificato dall'art.8, comma 5, lett. a-ter) della Legge 11 settembre 2020, n.120 di conversione con modificazioni del D.L. Semplificazioni n.76/2020. Per i soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), e), f) e g) del Codice di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione tecnico-organizzativi di cui al punto III.1.3, ai sensi dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. 207/2010, devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10%. La mandataria, in ogni caso, deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. Per i soggetti di cui all'art. 45, comma 2, lett. d), e), f) e g) del Codice di tipo verticale, i requisiti di qualificazione tecnico-organizzativo di cui al punto III.1.3, ai sensi dell'art. 92, comma 3, del D.P.R. 207/2010, devono essere posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente».*

Il Disciplinare di gara, al paragrafo 7, rubricato "Requisiti speciali e mezzi di prova", prevedeva, a pena di esclusione, il necessario possesso da parte dei concorrenti, tra l'altro, dei requisiti di capacità tecnica e professionale, con l'inammissibilità delle offerte prive della qualificazione richiesta dall'art. 59, comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016.

La circostanza che le ricorrenti abbiano inteso ricorrere al modello dell'ATI mista non fa venir meno il necessario rispetto delle quote di qualificazione richieste dalla disciplina di gara e che la Stazione appaltante debba tener conto di quanto dichiarato in sede di domanda di ammissione alla gara. L'esclusione del RTI delle odierne ricorrenti è stato determinato dalla mancata integrale copertura della qualificazione per la categoria scorporabile OS21, segnatamente per un importo *«pari a € 260.400,00 - data dalla differenza tra l'importo di € 1.500.000 e la qualificazione posseduta [da Rock and River s.r.l.] in SOA nella OS21 per una terza maggiorata, di € 1.239.600»* che *«non trova copertura nella categoria prevalente posseduta dalla Mandataria (OS 12-B cl. V)»*.

Né la Stazione appaltante avrebbe potuto consentire modifiche, in corso di gara, alle quote di partecipazione nell'ambito del raggruppamento dichiarate nella domanda di partecipazione, in quanto ciò avrebbe comportato una violazione delle regole della *par condicio* tra i concorrenti.

La giurisprudenza amministrativa ha, difatti, chiarito che l'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016 vieta espressamente qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (comma 9), ed esclude, in ogni caso, la modifica soggettiva del raggruppamento se finalizzata ad eludere la mancanza originaria di un requisito di partecipazione alla gara (comma 19), da ravvisarsi nel caso di specie (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. IV, 26 marzo 2022, n. 3423, citata dalla stessa parte ricorrente). In linea di principio *«deve ritenersi preclusa qualsiasi modificazione dei raggruppamenti temporanei che hanno partecipato a una gara pubblica, in quanto la modifica determinerebbe, almeno in parte, la modifica dello stesso soggetto che vi partecipa (Cons. St., sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169). Tale principio è espressamente sancito dall'art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, che - nel far salve le ipotesi di cui ai successivi commi 17 e 18, ammette la sostituzione "in caso di perdita [...] dei requisiti", ma esclusivamente "in corso di esecuzione", all'evidente fine di salvaguardare il completamento del programma negoziale già in corso di attuazione (Cons. St., sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1116). Secondo la giurisprudenza tale conclusione deve tenersi ferma*

anche a seguito della introduzione nel corpo dell'art. 48, ad opera dell'art. 32, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 56/2017, del nuovo comma 19 bis, il quale espressamente estende l'eventualità di modifiche soggettive anche alle ipotesi verificatesi "in fase di gara" ... (che, per la sua natura eccezionale, deve essere oggetto di stretta interpretazione)» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 7 gennaio 2022, n. 141). Difatti, «[l]’esatta indicazione delle quote di partecipazione, espressione dell’autoresponsabilità del soggetto offerente, costituisce infatti un elemento essenziale dell’offerta e la modificazione ex post ne comporterebbe una modifica sostanziale, in violazione della regola della par condicio tra i concorrenti, rispetto alla quale, in difetto di un’esplicita manifestazione di volontà ... non assume alcun rilievo la circostanza che il raggruppamento sia complessivamente in possesso della capacità tecnica e della qualificazione per eseguire le opere nella categoria contestata» (C.d.S., sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11604).

Non rileva nella fattispecie per cui è causa la delibera ANAC n. 891 del 2 ottobre 2019, in quanto vertente su un caso differente e del tutto peculiare afferente alle modalità di calcolo della quota di qualificazione nella categoria prevalente coperta dalla mandante; in particolare – a fronte di una esclusione in ragione dell’attestazione della mandante non sufficiente a coprire la quota di partecipazione del 49% dichiarata nella categoria prevalente *«il cui importo deve essere incrementato dall’importo delle categorie scorporabili non possedute»* – è stato in questa sede precisato che nel caso in cui *«la mandataria ... possiede una qualificazione nella categoria prevalente che le consente di ricomprendere anche le categorie scorporabili non assunte dalle mandanti ... la mandante è tenuta a coprire la parte della categoria prevalente “mancante” rispetto a quella indicata come assunta dalla mandataria, non anche l’importo della prevalente aumentato per effetto dell’assorbimento delle categorie scorporabili»*.

Va, infine, evidenziato che la parte ricorrente non ha formulato alcuna specifica censura riferita alla motivazione del provvedimento gravato laddove afferma che *«[a] nulla occorre l’intenzione manifestata dal RTI tramite l’All. 1 di “subappaltare il restante 20% della categoria OS 21 a ditta qualificata”, essendo la possibilità di subappaltare la mancante parte di OS 21 subordinata, in ogni caso, al*

possesso del requisito nella categoria prevalente». Al riguardo, osserva incidentalmente il Collegio, che la Corte costituzionale nella pronuncia dell'11 aprile 2022 n. 91 ha evidenziato che «il subappalto, quando non sia affidato all'ausiliario e, dunque, non risulti abbinato all'istituto dell'avalimento, presuppone che l'impresa abbia i requisiti per partecipare alla gara. Questo implica che, nei contratti di lavori, l'impresa, anche qualora non disponga di tutte le qualificazioni richieste per le singole lavorazioni oggetto dell'appalto, abbia, quanto meno, l'attestazione SOA relativa alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori oggetto del contratto. Tale disciplina si desume sia dall'art. 12, comma 2, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47 (Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015), convertito, con modificazioni, nella legge 23 maggio 2014, n. 80, che – come conferma la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenze 20 luglio 2021, n. 5447 e 15 febbraio 2021, n. 1308, nonché Consiglio di Stato, sezione terza, ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702 – è tuttora in vigore, avendo l'art. 217, comma 1, lettera nn), cod. contratti pubblici abrogato i soli «commi 3, 5, 8, 9 e 11» del citato art. 12, sia dall'art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), anch'esso tuttora vigente, come rileva la già richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 1308 del 2021». Ha inoltre chiarito la Corte che «[l]e garanzie offerte, in sede di gara, dal possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente non implicano, d'altro canto, una fungibilità, in sede esecutiva, tra le varie qualifiche richieste. Solo nel caso delle categorie a qualificazione non obbligatoria l'aggiudicatario può eseguire anche in proprio le relative lavorazioni, sfruttando l'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente (art. 12, comma 2, lettera a, del d.l. n. 47 del 2014, come convertito). Viceversa, per le categorie a qualificazione obbligatoria l'ordinamento impone che l'esecutore dei lavori abbia tale specifica qualificazione. Di conseguenza, il concorrente, pur se dotato dei requisiti prescritti ai fini della partecipazione alla gara – grazie all'attestazione SOA posseduta nella categoria prevalente –, non può, tuttavia, eseguire le lavorazioni inerenti alle categorie a qualificazione obbligatoria, sicché si rende necessario il ricorso al subappalto» (§ 8.2.1.).

9.3. Parimenti non meritevole di accoglimento si presenta il secondo motivo di ricorso, la cui formulazione si pone, ad avviso del Collegio, al limite dell'ammissibilità quanto al rispetto dei canoni di specificità e chiarezza di cui all'art. 40, comma 1, lett. d), cod. proc. amm.

Parte ricorrente denuncia la violazione del divieto di "gold plating" così come declinato dall'art. 32 della l. n. 234 del 2012, affermando che *«qualora si giungesse ad una interpretazione che ammettesse la rilevanza automatica della preclusione alla modifica delle quote di assegnazione in corso di gara e del ricorso ai requisiti in eccesso posseduti dalla mandante nella categoria prevalente ai fini dell'esclusione dell'operatore economico e conseguente esigenza di remissione ex art. 267 T.F.U.E. del tema alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea»*.

Il motivo, come detto di non agevole interpretazione, laddove censura la preclusione di una modificazione delle quote di partecipazione in corso di gara, si presenta ripetitivo del precedente e da respingere per le motivazioni già espresse al § 9.2., non essendo inoltre ravvisabile una violazione del citato divieto di *gold plating* nell'applicazione del più generale principio di immodificabilità dell'offerta a tutela della par condicio tra i concorrenti (sull'insussistenza dei presupposti per una rimessione di analoga questione, relativa alla riorganizzazione interna del raggruppamento, alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE, non ravvisandosi un contrasto con i principi di libertà di stabilimento, libertà di prestazione di servizi e di libera concorrenza, cfr. C.d.S., sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11604).

Del tutto inconferente risulta il riferimento, all'esito dell'ampio excursus sulle declinazioni del divieto di *gold plating*, al «c.d. "patto di integrità" a valere quale rafforzamento o – più precisamente – intensificazione delle previsioni di legge», non essendo in alcun modo chiarito come riverberi sulla vicenda attinente l'esclusione del RTI formato dalle società ricorrenti dalla gara *de qua*.

10. Per quanto esposto, le domande di parte ricorrente devono essere integralmente rigettate.

Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite stante la complessità della materia trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Daniela Carrarelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daniela Carrarelli

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO